Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Julius Levy

aus Strassburg

Referendar am Kaiserl. Landgericht zu Strassburg

ACAD. LAUDABAT. BIBL.

Approbirt am 9. Dezember 1902.

STRASSBURG i. E.
Buchdruckerei C. & J. GŒLLER, Magdalenengasse 16.
1903.

134

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung. Der Begriff des Werkvertrags; Abgrenzung des Themas.	5
§ 2.	I. Das Recht des Bestellers auf mangelfreie Lieferung.	12
	II. A. Die Rechte des Bestellers bei mangelhafter Lieferung.	
§ 3.	Einleitende Bemerkungen.	16
§ 4.	1. Das Recht auf Beseitigung des Mangels.	17
	2. Die ädilicischen Klagen.	
§ 5.	a) Gemeinsame Grundsätze der Wandelung und Minderung.	22
	b) Die Wandelung im Speziellen.	
§ 6.	α) Ihre Voraussetzungen.	31
§ 7.	β) Ihre Wirkungen.	36
§ 8.	c) Die Minderung im Speziellen.	50
§ 9.	3. Der Schadensersatzanspruch.	54
	B. Wegfall der Rechte des Bestellers trotz mangelhafter Lieferung.	
§ 10.	1. Wegen Verjährung der Ansprüche.	55
§ 11.	2. Aus verschiedenen anderen Gründen.	62
§ 12.	Anhang. Die Gewährleistung für Mängel beim Werklieferungsvertrag.	66

Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag.

---

§ 1.

Einleitung.

Der Begriff des Werkvertrags. Abgrenzung des Themas.

I. Der Werkvertrag, die locatio conductio operis, wie er in der romanistischen Litteratur bezeichnet wird, ist ein gegenseitiger Vertrag, in welchem der eine Kontrahent (der Unternehmer) sich verpflichtet, ein Werk herzustellen, der andere (der Besteller), die vereinbarte Vergütung zu zahlen. [1] [2]

---

[1] B. G. B. 631. A. 1.

[2] Der Werkvertrag ist z. T. in Reichsgesetzen geregelt, welche kraft E. G. 32. in Kraft bleiben. Dahin gehört der Frachtvertrag, geregelt im H. G. B. und im Gesetz betreffend die Binnenschiffahrt, sowie der Postbeförderungsvertrag gemäss R. G. v. 28. X. 1871.

Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. [1]) Was haben wir unter „einem anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zu verstehen? „Erfolg“ ist eine Veränderung in der Aussenwelt; „Arbeit“ eine menschliche Thätigkeit, sei es ohne Benutzung anderer physischer Hülfsmittel, sei es unter Benutzung solcher. Es fällt infolgedessen auch die „Dienstleistung“ unter den Begriff „Arbeit.“ Wenn nun Gegenstand des Werkvertrags eine durch menschliche Thätigkeit herbeizuführende Veränderung in der Aussenwelt ist, so ist damit nicht gesagt, dass jede derartige Veränderung Gegenstand des Werkvertrags ist. Ausgenommen sind nämlich diejenigen durch Arbeit herbeizuführenden Erfolge, deren Herbeiführung zum Gegenstand besonderer Verträge gemacht ist. Wir finden also, dass Gegenstand des Werkvertrags alle nur denkbaren Leistungen sein können, vorausgesetzt, dass sie einen Erfolg herbeiführen sollen (Werkvertrag im weit. Sinn). Diese Leistungen sind so verschiedener Art, dass sie sich nicht in verschiedene Gruppen einteilen lassen. [2])

Die zur Herbeiführung des Erfolgs nötige Arbeit kann höherer und niederer Art sein (artes liberales im Geg. zu den artes illiberales.)

Der Werkvertrag hat gewisse Berührungspunkte mit anderen obligatorischen Verträgen. Für uns kommen hier in Betracht der Dienstvertrag, der Auf-

[1]) B. G. B. 631. A. 2.

[2]) Die Einteilung Riezlers trifft auch nicht alle denkbaren Fälle. Z. B. soll jemand ein vierblättriges Kleeblatt suchen oder eine bestimmte Anzahl von Fahrkarten revidieren, (wohlgemerkt, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen.)

trag und der Kauf. Die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale dieser Verträge vom Werkvertrag sind folgende:

1. Von dem Dienstvertrag unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, dass bei jenem die Verpflichtung besteht, Dienste zu leisten ohne Rücksicht darauf, ob mit der Leistung der Dienste ein Arbeitserfolg verbunden ist oder nicht. Hier stellt also eine Person ihre Arbeitskraft in den Dienst einer anderen Person; es ist ein Arbeitsvertrag.

Bei dem Werkvertrag dagegen kommt es nur auf den Erfolg der Arbeit an; es wird ein bestimmtes Resultat gefordert und nur dafür wird die Gegenleistung versprochen.

2. Der Unterschied vom Auftrag besteht darin, dass dieser unentgeltlich übernommen wird. Ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, untersteht aber in gewissen Beziehungen den Regeln vom Auftrag. [1])

3. Hinsichtlich der Abgrenzung des Kaufs gegen den Werkvertrag ist folgendes zu bemerken: Es war bisher streitig, ob ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, als Kauf oder als Werkvertrag aufzufassen sei. Einig war man sich nur darin, dass jedenfalls ein Kauf dann nicht vorliege, wenn nur der Besteller den Stoff lieferte, weil das sich nicht mit dem Wesen des Kaufs verträgt. Die Streitfragen hat das B. G. B. in folgender Weise entschieden:

a) Liefert der Besteller den Stoff, aber verpflichtet sich der Unternehmer zur Beschaffung von

[1]) B. G. B. 675.

Zutaten oder sonstigen Nebensachen, [1]) so finden ausschliesslich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung. [2])

b) Liefert der Unternehmer den Stoff, verpflichtet sich aber der Besteller zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen, so folgt per analogiam aus § 651 A. 2, dass ausschliesslich die Vorschriften Anwendung finden, welche gelten, wenn der Unternehmer allein den Stoff liefert.

c) Hat der Unternehmer allein den Stoff zu liefern — liegt ein Werklieferungsvertrag im weit. Sinn vor, — so unterscheidet das B. G. B., [3]) ob die herstellende Sache eine vertretbare ist oder nicht.

α) Die herzustellende Sache ist eine vertretbare; auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über Kauf Anwendung. Dieser Bestimmung liegt folgender Gedanke zu Grunde [4]): „Ist der Vertrag auf Lieferung einer vom Unternehmer herzustellenden vertretbaren Sache gerichtet, so tritt im Verkehr des täglichen Lebens die Auffassung, dass der Unternehmer eine Arbeit zu leisten habe, durchaus zurück. Sachen dieser Art haben regelmässig einen grösseren Abnehmerkreis und werden daher vielfach auf Vorrat angefertigt. Eben deshalb begründet es nach der allgemeinen Anschauung der Beteiligten keinen Unterschied, ob der Unternehmer dem Besteller eine für diesen erst hergestellte oder eine schon vorhandene Sache liefert". Hier kommt es also dem Besteller auf das Individuum nicht an; er will nur eine so geartete

---

[1]) Was Zuthat resp. Nebensache ist, wird ausschliesslich nach der Auffassung des Verkehrs beurteilt.

[2]) B. G. B. 651. A. 2.

[3]) B. G. B. 651. A. 1.

[4]) Denkschrift XV. 4.

Sache haben. Emerich nennt diesen Vertrag im Gegensatz zu demjenigen, wo eine nicht vertretbare Sache zu liefern ist und der in der modernen Litteratur als „Werklieferungsvertrag im engeren Sinn“ bezeichnet wird, „Lieferungsvertrag“. [1])

β) Die herstellende Sache ist eine nicht vertretbare; auch dieser Vertrag ist m. E. ein Kauf. Dies scheint mir ganz besonders aus der Fassung von § 651 A. 1 S. 2 hervorzugehen: „Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle der §§ 433 etc. die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648“. Daraus folgt, dass das B. G. B. ganz davon absieht, ob die zu schaffende Sache eine vertretbare oder nicht vertretbare ist. Es unterscheidet die beiden Fälle nicht; es nimmt also immer Kauf an.

Zweitens spricht dafür, dass wir es hier mit einem Kauf zu thun haben, der Umstand, dass die Hauptverpflichtungen des Verkäufers — Uebergabe der hergestellten Sache und Eigentumsverschaffung an derselben — bestehen bleiben; während ein besonders wichtiges Recht des Unternehmers — das gesetzliche Pfandrecht, eventuell das Recht auf Bestellung einer Sicherungshypothek — wegfällt.

Dass bezüglich der Mängelgewähr die Vorschriften vom Werkvertrag gelten, entspricht der Billigkeit. Denn hier kommt es dem Besteller auf Lieferung eines aus diesem bestimmten Stoffe herzustellenden Individuums an, in gleicher Weise, wie wenn der Besteller selbst den Stoff geliefert hätte.

---

[1]) Emerich, im a. W., S. 241.

Es muss hier noch dreierlei bemerkt werden:

1. Die Frage, welche Sachen vertretbar sind, welche nicht, entscheidet B. G. B. 91. Vertretbar sind die Sachen, die im Verkehr nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Da nun das Gesetz für die Bestimmung einer Sache als Fungibilie einen objectiven Standpunkt einnimmt, folgt, dass eine nicht vertretbare Sache nicht dadurch zur vertretbaren wird, dass die Parteien sie nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmen.

2. Die Regeln des § 651 sind dispositiver Natur; sie können daher durch Vertrag abgeändert werden.

3. Die Unterscheidung in vertretbare und nicht vertretbare Sachen ist wertlos im Handelsrecht, da die Vorschriften vom Handelskauf auch dann ausschliesslich Anwendung finden, wenn es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt. [1])

Es kommt nun auch vor, dass der Besteller und der Unternehmer Stoff liefern. Wir sprechen hier natürlich nur von dem Fall, dass keine der Leistungen als nebensächliche gilt, sondern dass beide Hauptleistungen sind. Regelmässig werden in dem Fall zwei Geschäfte vorliegen, von denen das eine bezweckt, den gesammten Stoff in das Eigentum einer der Parteien zu bringen; das wird meistens ein Kauf sein.

z. B. A und B sind Miteigentümer eines Grundstücks. A kauft nun dem B seinen Anteil ab und lässt sich auf dem jetzt ihm allein gehörigen Grundstück von B ein Haus bauen. In diesem Fall hat also der Besteller den Stoff in seiner Hand vereinigt Das zweite Geschäft wird demnach hier ein Werkvertrag sein. Es wäre ein Werklieferungsvertrag im

[1]) H. G. B. 381. A. 2.

weiteren Sinn, wenn der Unternehmer Eigentümer des gesammten Stoffs geworden wäre.

Es ist aber auch möglich, dass nur ein Geschäft vorliegt; dann ist zu unterscheiden:

α) Der Unternehmer wird durch Spezifikation[1]) Eigentümer des gesammten Stoffs; dann ist er verpflichtet, auf den Besteller das Eigentum an diesem Stoff zu übertragen. Es liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn die Parteien auf die Herstellungspflicht einen Wert legen; andernfalls Kauf.

β) Der Unternehmer wird nicht Eigentümer nach B. G. B. 950, weil der Wert der Verarbeitung und der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffs. In dem Fall tritt Miteigentum ein nach B. G. B. §§ 947 u. 948. „Der Parteiwille wird hier kaum jemals auf Veräusserung des ideellen Anteils an der fertigen Sache gerichtet sein, sondern lediglich auf die Veräusserung des durch den Verfertiger beizusteuernden Stoffs. Die verhältnismässig geringe Arbeit wird als Nebenverpflichtung übernommen sein. Für diesen Vertrag werden die Vorschriften für den Kauf im allgemeinen genügen.“ [2])

γ) Es kann auch sein, dass die Sachen wesentliche Bestandteile einer neuen Sache bilden. In dem Fall tritt wiederum Miteigentum ein. Werden die Sachen nicht wesentliche Bestandteile einer neuen Sache, so bleibt jeder Teil Eigentümer seines Stoffs. In diesem Fällen wird allein der Parteiwille entscheidend sein, ob man die Grundsätze vom Kauf oder die vom Werkvertrag anzuwenden hat, je nachdem die Veräusserungs- oder die Herstellungspflicht den Ausschlag giebt.

---

[1]) B. G. B. 950.

[2]) Emerich § 11.

II. Das vorliegende Thema „die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag“ begrenzt sich wie folgt:

1. Es wird nur von der Haftung für Mängel gesprochen; von der Haftung für nicht rechtzeitige Lieferung, sowie der Haftung wegen Unmöglichkeit der Leistung wird also nicht die Rede sein.

2. Unsere Aufgabe behandelt nur die Haftung für Mängel beim Werkvertrag; d. h. einerseits: Einer eingehenden Behandlung wird also nur die Haftung für Mängel, welche speziell vom Werkvertrag gelten, unterzogen; die allgemeinen Vorschriften wegen Nichterfüllung fallen nicht unter das Thema. Andererseits: Der Begriff des Werkvertrags wird in dem unter I.) dargelegten Sinne zu verstehen sein. Unsere Arbeit wird also die Haftung für Mängel beim Werklieferungsvertrag im weit. Sinne nicht umfassen; jedoch soll in einem Anhangsparagraphen kurz darauf eingegangen werden.

I. Das Recht des Bestellers auf mangelfreie Lieferung.

§ 2.

Nach B. G. B. § 633, A. 1. ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Daraus ergiebt sich für den Begriff der Mängel beim Werkvertrag:

I. Beim Werkvertrag kann man nur von Sachmängeln, nicht aber von Rechtsmängeln sprechen. Dass der Unternehmer keine Rechtsgewähr zu leisten hat, liegt in der Natur des Werkvertrags. Eine Rechtsgewähr hat eben nur da einen Sinn, wo der Besteller noch kein Recht hat; das ist aber nicht der Fall beim reinen Werkvertrag, weil hier von vornherein der Besteller schon sein Recht hat und der Unternehmer ihm dasselbe nicht mehr zu verschaffen braucht.

II. Die Sachmängel zerfallen in

1. Fehler.

2. nicht vorhandene, wenngleich zugesicherte Eigenschaften.

ad. 1. Ein Fehler liegt dann vor, wenn das Werk von einer solchen Beschaffenheit ist, dass der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem im Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist.

a) Im Gegensatz zum Kauf kommt es nicht darauf an, ob der Mangel erheblich ist oder nicht. Der Unternehmer hat auch dafür einzustehen, dass an dem Werk nicht einmal der geringste Mangel haftet.

b) Der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch muss aufgehoben oder gemindert sein. Was gewöhnlicher Gebrauch ist, wird durch die Verkehrssitte entschieden. Eine Sache soll die Eigenschaften haben, die man im Verkehr als gewöhnlich vorhanden voraussetzt.

c) Der Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch muss aufgehoben oder gemindert sein. Was die Parteien voraussetzen, erfolgt oft stillschweigend. Verlangt der Unternehmer für die Herstellung einer Sache eine besonders

hohe Vergütung, so wird man nach dem Vertrag voraussetzen, eine bessere Leistung zu erhalten als Leistungen dieser Art „gewöhnlich“ sind. [1])

d) Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es dabei gar nicht an.

ad 2. Was die Zusicherungen angeht, so ist darunter beim Werkvertrag die Uebernahme einer Leistungspflicht zu verstehen; der Unternehmer verpflichtet sich, die Sache so herzustellen, wie er zugesichert hat. Zugesichert werden können sowohl Eigenschaften, welche die Sache nach der Verkehrsauffassung notwendigerweise besitzen muss, als auch Eigenschaften, welche nach der Verkehrsauffassung der Sache zwar nicht wesentlich sind, aber welche sie zu besitzen pflegt, als endlich auch solche Eigenschaften, welche die Sache weder besitzen muss noch zu besitzen pflegt, welche sie aber im einzelnen Fall nach Angabe des Unternehmers besitzen soll. Gegenstand der Zusicherung können demnach, wenn die Unterscheidung der bei Rechtsgeschäften üblichen Einteilung erlaubt ist, sowohl essentiale als auch naturale als auch accidentale Eigenschaften der Sache sein.

a) Die Zusicherung kann eine positive oder eine negative sein d. h. entweder wird das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft oder die Abwesenheit eines bestimmten Mangels versprochen.

b) Nicht jede Anpreisung der Sache gilt als Zusicherung; nur die „ernstlich gemeinte“ gilt als dictum et promissum.

c) Es ist streitig, ob die Zusicherung ausdrücklich erfolgen muss oder ob sie auch stillschweigend geschehen kann. Das Richtige dürfte m. A. nach

[1]) Vgl. auch Cosack I. 421.

sein, wenn man Ausdrücklichkeit derselben verlangt. Diejenigen, welche die stillschweigende Zusicherung für genügend halten, bedenken dabei nicht, dass man schliesslich so weit käme in jedem Fall, in welchem eine Eigenschaft erwartet werden kann, ein dictum et promissum zu erblicken. So weit wollte der Gesetzgeber sicher nicht gehen. Die Gegner dieser Ansicht stützen sich darauf, dass das Gesetz selbst die Ausdrücklichkeit nicht vorschreibt.

d) Hervorzuheben ist noch, dass die zugesicherten Eigenschaften nicht notwendig auf der „Arbeit" des Unternehmers zu beruhen brauchen.

IV. Die hier besprochenen Mängel können nun vorhanden sein bei dem Werkvertrag im engeren Sinn (Herstellung oder Veränderung von Sachen) sowie beim Werkvertrag im weiteren Sinn. Zu letzteren gehören auch Mängel beim Transportvertrag. Riezler meint nun, dass bei einem Transport die „Mängel immer aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung oder aus dem der Gefahrtragung oder aus dem des Verzugs zu beurteilen" seien [1]). Dieser Ansicht können wir nicht beistimmen. Wir fahren z. B. in einer fremden Stadt nach einem Ausflugsort; dabei verabreden wir mit dem Kutscher, dass er den Weg A und nicht den Weg B passiere, weil ersterer landwirtschaftlich schöner sei. Oder: Ich sende Waaren nach A, sage dem Frachtführer, dass diese Waaren über B geschickt sein sollen, weil ich sie dort eventuell einem Kunden zeigen will. Diese Bestimmungen werden von dem Unternehmer nicht beobachtet. In diesen Fällen ist zweifellos erfüllt, weil der im Endziel gewünschte Erfolg eingetreten ist; jedoch es ist mangelhaft erfüllt und zwar so, dass der

[1]) Riezler, S. 125.

Mangel sich von keinem der bei Riezler erwähnten Gesichtspunkte aus erledigen lässt.

Für die Frage, ob mangelhaft erfüllt oder nicht erfüllt ist, ob also ein aliud vorliegt, ist die Verkehrssitte entscheidend.

II. A. Die Rechte des Bestellers bei mangelhafter Lieferung.

Einleitende Bemerkungen. [1])

§ 3.

Das Vorhandensein eines Mangels der im § 2 besprochenen Art begründet selbstverständlich eine Haftungspflicht des Unternehmes. Der Umfang, in welchem der Unternehmer haftet, ist in den §§ 633—635 des B. G. B. geregelt. Die verschiedenen Commissionen, welche die Entwürfe zum B. G. B. ausgearbeitet haben, hielten einerseits die Vorschriften über die Mängelhaftung beim Kauf für zu streng, andererseits die allgemeinen Vorschriften wegen Nichterfüllung für nicht ausreichend. Infolgedessen entschloss man sich, die Mängelhaftung beim Werkvertrag einer selbständigen Regelung zu unterziehen. Das B. G. B. hat dabei einen Mittelweg eingeschlagen; im einzelnen ist sein Standpunkt folgender:

[1]) Vgl. Motive II., S. 478 ff.

1. Das Recht auf Beseitigung des Mangels.

§ 4.

I. Der Besteller hat grundsätzlich nur „ein“ Recht; er kann Beseitigung des Mangels verlangen. [1]) Ein anderes Recht giebt ihm das Gesetz nicht.

1. Der Besteller kann die Beseitigung des Mangels auch durch Klage erzwingen. Nötig ist das aber nicht; von diesem Gesichtspunkt aus ist bestimmt, dass, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist, der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. [2]) Ein Recht des Bestellers, Ersatz zu verlangen, ohne den Mangel zu beseitigen, ist im B. G. B. nicht anerkannt.

2. Die Beweislast regelt sich nach B. G. B. § 363. Hat der Besteller die Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn die Leistung unvollständig oder eine andere ist als die geschuldete.

3. Abgesehen von der Beseitigungsklage steht dem Besteller die Möglichkeit zu, Sicherung des Beweises nach C. P. O. § 488 zu beantragen. Diese Beweissicherung „zum ewigen Gedächtnis“ [3]) ist auch dann zulässig, wenn weder zu besorgen ist, dass die Beweismittel verloren gehen oder die Benutzung derselben

[1]) B. G. B. 633. A. 2. S. 1.

[2]) B. G. B. 633. A. 3.

[3]) Vergl. Matthias. I. S. 525.

erschwert werde, noch die Zustimmung des Gegners vorliegt. [1])

II. Das unter I. gesagte erleidet Ausnahmen nach zwei Richtungen.

1. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnissmässigen Aufwand erfordert. [2])

a) Der Unternehmer muss diese Befugnis im Wege der Einrede geltend machen. Dabei hat er zu beweisen, dass der Aufwand ein unverhältnismässiger sein müsste.

b) Civilprozessual gestaltet sich die Sachlage, wie folgt: Hat der Unternehmer seine Einrede vorgebracht, so bleibt es dem Besteller unbenommen, die ihm ferner zustehenden Rechte geltend zu machen. Eine Klagänderung kann darin nicht gesehen werden wegen C. P. O. § 268, 3.

c) Bringt der Unternehmer die Einrede vor und macht dann der Besteller von seinen ihm ferner zustehenden Rechten keinen Gebrauch, so ist die Klage als „unbegründet" abzuweisen. [3])

2. In gewissen Fällen ist dem Besteller das Recht gegeben, dass er nicht zuerst Beseitigung zu verlangen braucht, sondern dass er sofort weitergehende [4]) Rechte geltend machen kann.

Die Fälle sind folgende [5]):

a) Die Beseitigung des Mangels ist unmöglich. Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes ist darunter nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen. „Subjektives Unvermögen ist nur dann zugleich objektive

[1]) Vgl. weiter unten § 10. I. 4.
[2]) B. G. B. 633. A. 2. S. 2.
[3]) C. P. O. 308.
[4]) Vgl. §§ 5—9.
[5]) B. G. B. 634. A. 2.

Unmöglichkeit, wenn nach dem Inhalt des Vertragsverhältnisses die Leistung persönlich durch den Schuldner zu bewirken ist". [1]) Diese Beseitigung wird nun besonders dann unmöglich sein, wenn die zu erbringende Leistung nicht in der Herstellung oder Veränderung einer Sache besteht. Bei solchen Leistungen liegt es gar oft in ihrer Natur, dass vorhandene Mängel nicht mehr beseitigt werden können; hauptsächlich weil die Leistung nur ein Mal erbracht werden kann. (Konsumption des Erfolgs). [Beispiele: Jemand wird beim Rasieren oft geschnitten; der Zahnarzt hat beim Zahnziehen trotz der Zusicherung des „schmerzlosen Zahnziehens" heftige Schmerzen verursacht; ein Schauspieler hat seine Rolle in nicht ganz nüchternem Zustande durchgeführt. Dagegen ist die Beseitigung des Mangels möglich, wenn der Zahnarzt eine Zahnwurzel hat stehen lassen; wenn jemand ein mangelhaftes schriftliches Gutachten ausfertigt oder einen ungenügenden mündlichen Bericht erstattet.] An den angeführten Beispielen ist ersichtlich, dass in dieser Frage abstrakte Regeln sich nicht aufstellen lassen, sondern dass jeder konkrete Fall geprüft werden muss.

b) Der Unternehmer verweigert die Beseitigung. Auch der unter 1. besprochene Fall gehört hierher. [2]) Die Verweigerung erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.

c) Es liegt ein besonderes Interesse des Bestellers vor.

Dass diese Voraussetzungen (a—c) vorliegen, hat der Besteller zu beweisen.

III. Der Besteller hat ein grosses Interesse daran, dass die Lieferung eines mangel*freien* Werks mög-

[1]) Vgl. Neumann zu B. G. B. 634. A. 2.

[2]) A. A. Oertmann.

lichst rasch erfolgt. Aus dem Grund bestimmt B. G. B. § 634,1: „Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne."

Dabei ist folgendes hervorzuheben:

1. Regelmässig wird die Fristbestimmung durch den Besteller in einer einseitigen, empfangsbedürftigen, an den Unternehmer gerichteten Willenserklärung erfolgen. Hat jedoch der Besteller auf Beseitigung des Mangels geklagt, so steht ihm das Recht zu, zu verlangen, dass die Frist schon im Urteil bestimmt werde. [1]) Diesen Antrag kann der Besteller in der Klageschrift stellen; er kann ihn aber auch im Lauf der mündlichen Verhandlung vorbringen. Diese Fristbestimmung im Urteil gewährt dem Besteller folgende Vorteile: „Sie erspart ihm Zeit; sie ermöglicht einen einfachen Beweis für die Setzung der Frist und sie bietet eine Garantie für die Angemessenheit derselben". [2])

Selbstverständlich läuft die Frist erst von der Rechtskraft des Urteils an. „Ueber die Ansprüche, die sich ergeben, wenn der Beklagte den Kläger nicht innerhalb der ihm vom Gericht gesetzten Frist befriedigt, wird durch das Urtel nicht entschieden. Bezüglich dieser Ansprüche wird Rechtshängigkeit im Sinn des § 263 d. C. P. O. nicht begründet". [3])

2. Die Frist ist eine Ausschlussfrist. Sie muss eine angemessene sein. „Als angemessen ist die Frist zu bezeichnen, welche unter Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses und der Umstände

[1]) C. P. O. 255.

[2]) Kisch in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 28, S. 266.

[3]) Petersen-Anger, S. 509.

des Einzelfalls demjenigen, welchem die Frist bestimmt wird, billigerweise gelassen werden muss, um die Leistung zu bewirken". [1]) Welche Wirkungen hat es, wenn die gestellte Frist zu kurz ist? Cosack ist der Ansicht, [2]) dass die „Erklärungen des Bestellers nicht völlig ungiltig sind; sie setzen vielmehr diejenige Nachfrist in Lauf, welche tatsächlich nach der ganzen Sachlage als angemessen erscheint". A. A. ist Planck. [3]) Er meint, dass die vom Besteller zu kurz bemessene Frist überhaupt unwirksam ist. Wir halten die Ansicht von Planck für die Richtige. Das Recht, eine Frist zu setzen, gewährt dem, der die Frist setzt, einen Vorteil. Dieser Vorteil hat zum Korrelat einen Nachteil für den Gegner. Es ist billig, dass dieser Vorteil bezw. Nachteil nur dann eintritt, wenn der Bevorzugte genau und vollständig das gethan hat, was das Gesetz verlangt, um diesen Vorteil zu gewähren d. h., wenn die gesetzte Frist von vornherein „angemessen" ist.

3. Die Fristbestimmung muss ausserdem die Erklärung enthalten, dass der Besteller nach dem Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne.

4. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werks ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muss so bemessen werden, dass sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Unter „Ablieferung" hat man die körperliche Uebergabe der Sache zu verstehen, durch die dem Besteller die Möglichkeit der Untersuchung gegeben wird. [4])

---

[1]) Struckmann-Koch, S. 286.

[2]) Cosack. I. S. 346.

[3]) Planck zu § 250. A. 2. Vgl. auch Oertmann, S. 24 A. 3.

[4]) Vgl. Emerich, S. 65; ferner Kisch „Unmöglichkeit" S. 69.

5. Nach dem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen. Der Besteller hat zu beweisen, dass er die Frist gestellt, sowie dass sie abgelaufen ist; der Unternehmer hat zu bebeweisen, dass er innerhalb der Frist den Mangel beseitigt hat. Diese Beweisregelung geht aus der Fassung von § 634. A. 1. S. 3 hervor.

6. Hat der Besteller dem Unternehmer eine Frist gesetzt, so kann er von dem Rechte, das ihm § 633. A. 3. giebt, keinen Gebrauch machen. Die §§ 634. A. 1. und 633. A. 3. schliessen einander gegenseitig aus. Wenn der Besteller dem Unternehmer bis zu einem bestimmten Moment Zeit lässt, den Mangel zu beseitigen, so verspricht er eben, solange zu warten und nichts zu thun; er verzichtet auf das Recht des § 633. A. 3. Ist aber die Frist abgelaufen, so ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen; folglich auch das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen.

2. Die ädilicischen Klagen.

a) Gemeinsame Grundsätze der Wandelung und der Minderung.

§ 5.

I. Unter „ädilicischen Klagen" versteht man zwei Klagen, die sich auf das Edikt der in Marktsachen tätigen Aedilen gründen. Diese actiones dienten dazu, dem Käufer einer Ware strenge Mittel in die Hand zu geben gegen den Verkäufer einer mangelhaften

Ware. Die Klagen heissen actio redhibitoria und actio quanto minoris. Die erste geht auf Rückgängigmachung des Kaufs eventuell eines anderen obligatorischen Vertrags (Wandelung), die zweite auf Herabsetzung der Vergütung (Minderung). Diese beiden Klagen kamen mit der Reception des römischen Rechts nach Deutschland, wo sie gewisse Modificationen erlitten. Auch dem B. G. B. sind die Klagen nicht fremd; eine eingehende Regelung derselben finden wir beim Kauf.

II. Das B. G. B. gewährt diese Ansprüche auch dem Besteller einer herzustellenden Sache, wenn

1. vorher der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt hat, der Unternehmer dieselbe aber hat verstreichen lassen, ohne die Ausbesserung vorzunehmen, oder

2. Der Besteller aus den in § 634. A. 2. angegebenen Gründen von der Fristsetzung befreit ist.

Daraus ersehen wir, dass für den Besteller die ädilicischen Klagen nur subsidiarische Mittel sind, um seine Rechte geltend zu machen.

III. Der § 462 d. B. G. B. lautet:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen".

Der § 465 d. B. G. B. lautet:

„Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt".

Ueber die Frage, wie sich die §§ 462 und 465 zu einander verhalten, besteht ein heftiger Streit in der juristischen Litteratur; auch in dieser Arbeit soll zu der

Frage Stellung genommen werden. Herrschend ist die Ansicht, dass die Wandelung und die Minderung Ansprüche sind, die auf den Abschluss eines Aufhebungs- oder Minderungs*vertrags* gerichtet sind; eine kleine Minderheit, zu nennen sind besonders Eccius und Staub, ist der Meinung, dass der Besteller sofort Rückgewähr der Leistung bezw. Herabsetzung der Vergütung verlangen kann.

„Nach Entwurf I § 384 sollte die Wahl zwischen dem Rechte auf Wandelung und dem Rechte auf Minderung durch die einseitige vom Besteller dem Unternehmer gegenüber abgegebene Erklärung unwiderruflich vollzogen sein. Im Gegensatz hierzu beschloss die Kommission, [1]) dass dem Besteller, nachdem er Wandelung oder Minderung verlangt habe, noch so lange gestattet sein solle, statt der Wandelung Minderung und statt dieser jene zu wählen, als der Unternehmer sich nicht mit der verlangten Minderung oder Wandelung einverstanden erklärt hat". [2])

In den Protokollen der zweiten Kommission, Bd. I., S. 674 finden wir den Satz, dass die Wandelung bezw. Minderung vollzogen werde „durch einen darauf gerichteten Vertrag". Die herrschende Ansicht findet erklärlicherweise in diesem Satz eine grosse Stütze.

Für uns ist die Konstruktion der Kommission keineswegs massgebend; um so weniger brauchen wir uns an dieselbe zu halten, als die Kommission, wie Lobe richtig bemerkt, mit ihrer eignen Konstruktion in Widerspruch kam. [3])

---

[1]) Gemeint ist die 2. Kommission.

[2]) Planck. II. S. 250.

[3]) Genaueres vgl. Lobe l. c. S. 114.

Wenn wir die Entstehungsgeschichte des § 465 betrachten, [1]) so finden wir, dass der § 465 nur die Frage besonders regeln will, wann das Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung erlischt. Während nach den allgemeinen Grundsätzen der Alternativobligation ein Wahlrecht erlischt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, soll bei den ädilicischen Ansprüchen das Wahlrecht erst erlöschen, wenn der Unternehmer sich mit der Wandelung resp. Minderung einverstanden erklärt.

Gegen die herrschende Ansicht sind noch folgende Gründe anzuführen:

1. Die Fassung des § 462, der sagt, dass man ohne weiteres Wandelung ev. Minderung verlangen könne.

2. Die Wandelungs- und Minderungseinrede, die für zulässig erklärt ist, ohne dass vorher der Unternehmer sein Einverständnis erklärt hat.

3. Die Bestimmung des § 480, wonach der Käufer beim Genuskauf statt Wandelung oder Minderung verlangen kann, dass ihm eine mangelfreie Sache geliefert werde. Da der § 465 ebenfalls Anwendung findet, so käme man mit der herrschenden Ansicht dahin, dass gegen den Verkäufer geklagt würde auf Erklärung seines Einverständnisses zur Lieferung einer mangelfreien Sache. Welchen Zwang sucht man hier den Paragraphen anzuthun, um eine schwerfällige Konstruktion konsequent durchzuführen. [2])

Im Anschluss an die Ausführungen sind noch folgende Fragen zu erledigen:

a) Erlischt das Wahlrecht durch ein rechtskräftiges Urteil? Diese Frage, welche nur die aufwerfen können,

[1]) Genaueres bei Haymann S. 527. ff.

[2]) Auch Haymann, S. 545. ff., wie nachträglich bemerkt.

welche in der Wandelung resp. Minderung keinen Vertrag erblicken, ist in der heutigen Litteratur ebenfalls streitig. Verneint wird sie von Cosack und Eccius, bejaht von Staub und Dernburg.

Für uns ist folgendes Argument ausschlaggebend: Der § 462 stellt dem Besteller die beiden Ansprüche wahlweise zur Verfügung. Er kann Wandelung verlangen oder er kann Minderung verlangen. Ist nun einer dieser Ansprüche rechtskräftig festgestellt und würde der weiteren Ausübung des Wahlrechts nichts entgegen stehen, so bekäme der Besteller *noch* ein Urteil, das seinen Anspruch rechtskräftig festlegt. Dadurch hätte also der Besteller statt zwei „alternativen" Ansprüchen zwei „kumulative"; da nun diese Folgerung unmöglich gezogen werden darf, ist zu schliessen, dass durch ein rechtskräftiges Urteil das Wahlrecht erlischt.

Gegen diese Ausführung wende man nicht ein, dass nur eines dieser Urteile vollstreckt werden könne, weil man gegen die Vollstreckung des zweiten Urteils die Einwendungen des § 767. d. C. P. O. hätte. Dieser Einwand wäre unzulässig nach § 762,2 d. C. P. O., weil der Grund, auf dem er beruht, bereits vor dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das zweite Urteil erging, hätte geltend gemacht werden müssen.

b) Wie lange kann der Unternehmer sein Einverständnis zu der vom Besteller getroffenen Wahl erklären? Die Schriftsteller sind auch hier geteilter Ansicht. Die einen, unter ihnen Eccius, meinen, dass der Besteller dem Unternehmer eine Offerte mache; sie kommen daher zu dem Schluss, dass die Offerte nur nach Massgabe des § 147. d. B. G. B. angenommen werden könne. Die Vertreter dieser Ansicht beziehen das Wort „Verlangen" zu „Einverständniss", während

nach der anderen Auffassung es zu „Wandelung oder Minderung“ gehört. Da nun die Wandelung resp. Minderung nicht auf einem Vertrag beruht, sondern ein Recht des Bestellers ist, kann man sie auch nicht offerieren. Nach dieser m. E. richtigen Ansicht bleibt die Erklärung, dass man Wandelung oder Minderung wolle, solange bestehen, bis sie zurückgenommen wird. Solange kann auch der Unternehmer sich mit ihr einverstanden erklären.

c) Wenn der Unternehmer nach § 465 sein Einverständnis zur Wandelung oder Minderung gegeben hat, so bleibt die Wandelung oder Minderung vollzogen, gleichgiltig ob sie berechtigt war oder nicht. (Von dem Recht zur Anfechtung einer Erklärung wird hier abgesehen).

Wir fassen zusammen:

Der Besteller braucht nicht auf Einverständnis zur Minderung oder Wandelung zu klagen; er hat diese Rechte vielmehr ohne weiteres. An seine Wahl ist er gebunden, wenn einer der Ansprüche rechtskräftig festgestellt ist oder wenn der Unternehmer zu der getroffenen Wahl sein Einverständnis erklärt. Dem Einverständnis des Unternehmers steht es gleich, wenn er die Vergütung ganz oder zum Teil zurückgewährt oder wenn er mit seiner Klage gegen den Besteller auf Zahlung der Vergütung abgewiesen wird. [1])

Die Fassung des § 465 legt nun allerdings den Gedanken nahe, dass die Wandelung oder die Minderung einen Vertrag darstelle. Der Besteller wäre also genötigt auf die Einwilligung des Unternehmers zu klagen. Damit könne er die weiteren Ansprüche, die sich aus der vollzogenen Wandelung oder Minderung

---

[1]) Vgl. Eccius l. c.

ergeben, verbinden. Diese m. E. falsche Auffassung des § 465 ist in der heutigen Litteratur herrschend.[1]) Gegen diese Konstruktion erhebt zwar Endemann[2]) erhebliche Bedenken; nichtsdestoweniger hält er sie aber für die richtige. Zutreffend sagt Philler[3]): „Das B. G. B. § 462[4]) giebt dem Besteller das Recht der Wandelung oder Minderung zur freien Auswahl. Der Besteller ist an die getroffene Wahl erst gebunden wenn sie gemäss § 465 vollzogen ist". Danach hat also der Besteller direkt den Anspruch auf Wandelung oder Minderung, ohne dass er zuerst auf Konsenserteilung zu klagen braucht. Während aber sonst das Wahlrecht erst erlischt im Moment des Urteils,[5]) soll dasselbe nach § 465 schon dann erlöschen, wenn der Unternehmer sich mit einem der beiden Ansprüche für einverstanden erklärt hat.

IV. 1. Unter dieser Wahlfreiheit des Bestellers wird der Unternehmer oft schwer zu leiden haben. Aus dem Grund bestimmt § 466: Behauptet der Besteller dem Unternehmer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Unternehmer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablauf der Frist verlangt werden.

---

[1]) Planck, S. 250. Auch Cosack, Kuhlenbeck, Oertmann, Neumann u. a. m.

[2]) Endemann. I. S. 721.

[3]) Philler, S. 116.

[4]) B. G. B. 462 bestimmt dasselbe wie B. G. B. 634. A. 1. S. 3.

[5]) Nach Cosack. I. S. 424 hebt selbst das rechtskräftige Urteil das Wahlrecht nicht auf. Vgl. auch oben III. a.

a) Der Besteller muss dem Unternehmer gegenüber einen Mangel behaupten.

Schollmeyer [1]) ist der Ansicht, dass die Bestimmung des § 466 sehr leicht umgangen werden könne, indem der Besteller den Mangel nicht gegenüber dem Unternehmer oder dessen Vertreter behauptet; der § hätte daher keinen praktischen Wert. Wenngleich Schollmeyer nicht ganz Unrecht hat, so wird es doch viele Fälle geben, wo jene Voraussetzung schon dann als erfüllt anzusehen ist, wenn der Besteller auf eine bezügliche Anfrage des Unternehmers schweigt. [2])

b) Der Unternehmer muss sich zur Wandelung erbieten; d. h. er muss dem Besteller erklären, dass er bereit sei zu wandeln. Nimmt der Besteller dieses Anerbieten an, so ist die Wandelung vollzogen nach § 465 mit der Modification, dass der Unternehmer sein Einverständnis in bindender Weise im Voraus erklärt hat.

c) Der Unternehmer muss dem Besteller zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange.

d) Lässt der Besteller die ihm gesetzte Frist verstreichen, ohne sich zu erklären, so verliert er zwar das Recht zur Wandelung, nicht aber das Recht, Minderung zu verlangen.

2. Der Besteller kann auch dann noch Wandelung oder Minderung verlangen, wenn bereits wegen eines ersten Mangels Minderung erfolgt ist. [3]) Auch dieser Satz bedarf einiger Erläuterungen:

a) Der § spricht nur von einer „erfolgten" Minderung; dass man noch wandeln oder mindern kann, wenn

---

[1]) Schollmeyer, S. 16. Vgl. Endemann, S. 724. A. 19.
[2]) Planck, S. 251.
[3]) B. G. B. 475.

die Minderung wegen eines ersten Mangels noch nicht erfolgt ist, ist selbstverständlich.

b) Der Besteller erhält nur das Recht, Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen. Mit Planck [1]) muss hier gesagt werden, dass, wenn der Mangel nach § 635 von dem Unternehmer zu vertreten ist, der Besteller auch noch Schadenssersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

c) Es ist auch nicht nötig, dass der Besteller den zweiten Mangel erst dann entdeckt, wenn bereits für den ersten die Minderung erfolgt ist. Jedoch wird man darin, dass der Besteller mehrere Mängel entdeckt hat, aber nur für einen derselben Minderung verlangt, meistens einen Verzicht auf die Geltendmachung dieser weiteren Mängel oder in der Unterlassung sofortiger Geltendmachung einen dolus erblicken müssen.

d) Prozessual ist die Frage von Bedeutung: Ist es als Klagänderung anzusehen, wenn der Besteller wegen eines Mangels die Minderungsklage erhoben hat, und nun nachträglich noch wegen eines anderen Mangels Wandelung oder Minderung verlangt? M. E. liegt Klagänderung vor wegen Aenderung des Klaggrundes, insofern jetzt der Kläger sich auf andere Thatsachen stützt.

3. Für die ädilicischen Klagen besteht ausser dem allgemeinen Gerichtsstand noch derjenige des Erfüllungsorts. Der Besteller klagt entweder, um seine Vergütung zurückzuerhalten ev. um sie behalten zu können, oder um ihre Herabsetzung herbeizuführen. Es sei an dieser Stelle auf die Streitfrage aufmerksam gemacht, wo der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung ist.

---

[1]) Planck, S. 375.

Die eine nehmen als Erfüllungsort den Ort an, wo die Ware abzuliefern war, die anderen, wo sie zurückzunehmen ist.

b) Die Wandelung im Speziellen.

α) Ihre Voraussetzungen.

§ 6.

I. Die Voraussetzungen der Wandelung sind geregelt in § 634. A. 3. und 4.; letzterer Absatz in Verbindung mit den §§ 467, 469, 470; § 467 wiederum in Verbindung mit den §§ 350—353, sowie § 356.

II. 1. Der Mangel muss ein erheblicher sein; ausgeschlossen ist die Wandelung, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert. [1]) Die Unerheblichkeit des Mangels hat der Unternehmer zu beweisen.

2. Die Wandlung ist ausgeschlossen,

a) wenn der Besteller eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands verschuldet hat. [2])

α) Den Besteller muss ein Verschulden treffen; jedoch „steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten

---

[1]) B. G. B. 634. A. 3.
[2]) B. G. B. 351. S. 1.

das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Andern gleich". [1])

Diese Sonderbestimmung hat nun einen Sinn nur dann, wenn sie etwas *Besonderes* besagen will, wenn sie also nicht ein zweites Mal den allgemeinen Grundsatz des § 278 ausspricht. Der § 278 handelt von dem gesetzlichen Vertreter und denjenigen Personen, deren man sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient. Betrachtet man nun unseren Fall, so findet man, dass vor Vollzug der Wandelung überhaupt noch keine Verbindlichkeit besteht; folglich kann man sich auch nicht einer Person zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit bedienen. Die Heranziehung des § 278 kann daher hier, wie Oertmann mit Recht meint, [2]) nur die Bedeutung haben, „den Kreis der Andern" festzustellen, für die der Besteller einzustehen hat; das sind diejenigen Personen, die er in seinem Geschäfte, Haushalte oder in ähnlicher Weise beschäftigt.

Trifft den Besteller oder einen seiner Leute kein Verschulden, liegt also casus vor oder gar ein Verschulden auf Seiten des Unternehmers, so bleibt die Wandelung möglich. Der Satz, den § 350 aufstellt, ergiebt sich also schon aus der richtigen Interpretation des § 351.

β) Der Begriff des Verschuldens umfasst die culpa levis und die culpa lata. „Nichtsdestoweniger wird durch ein leichtes Verschulden des Bestellers die Wandelungsbefugnis dann nicht ausgeschlossen, wenn der Unternehmer in Annahmeverzug ist." [3]) Das halten

---

[1]) B. G. B. 351. S. 2. Halbs. 2.

[2]) Oertmann zu § 351.

[3]) Oertmann, l. c.

wir für unlogisch, weil man doch nicht in Annahmeverzug kommen kann, ehe die Wandelung erfolgt ist.

γ) Die Verschlechterung muss eine „wesentliche“ sein. Verschuldet also der Besteller eine unwesentliche Verschlechterung, so wird dadurch die Wandelungsbefugnis nicht ausgeschlossen.

Einer wesentlichen Verschlechterung steht der Untergang eines erheblichen Teiles des empfangenen Gegenstands gleich. [1])

δ) Der § 351 handelt nur von den Fällen, in denen das „Verschulden“ in die Zeit vor der erfolgten Wandelung fällt.

b) wenn der Besteller die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet; jedoch ist die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. [2]) Den Beweis, dass der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat, hat der Besteller zu führen.

c) wenn der Besteller den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil des Gegenstands veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, und bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind. [3])

α) An und für sich wird also die Wandelung nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller den Gegenstand veräussert oder ihn mit einem Rechte belastet.

---

[1]) B. G. B. 351. S. 2. Halbs. 1.
[2]) B. G. B. 352. u. 467.
[3]) B. G. B. 353. A. 1.

Natürlich muss aber der Besteller, wenn er wandeln will, sich den Gegenstand wiederverschaffen oder ihn von den Rechten Dritter befreien. Ausgeschlossen wird die Wandelung erst dann, wenn der Dritte die Sache durch sein Verschulden verschlechtert oder ihre Herausgabe unmöglich gemacht oder wenn er sie specifiziert hat, obwohl sich der Mangel schon vor der Specifikation gezeigt hat.

β) Einer Verfügung des Bestellers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. [1])

III. Bis jetzt haben wir nur des Falles gedacht, dass „eine" Sache geliefert wurde und diese mangelhaft war. Wir müssen aber auch die Frage prüfen, was dann geschieht, wenn mehrere Gegenstände oder nur „ein", jedoch aus Haupt- und Nebensache bestehender Gegenstand geliefert werden und von den mehreren Sachen einzelne oder von der einen Sache die Haupt- oder eine Nebensache mangelhaft sind.

1. Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden. [2]) Was Haupt-, was Nebensache ist, entscheidet der Parteiwille; ausserdem kommt aber auch die Verkehrssitte in Betracht. Zubehör wird immer Nebensache sein.

2. Sind von mehreren gelieferten Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser

[1]) B. G. B. 353. A. 2.
[2]) B. G. B. 470.

Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesammtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend geliefert, so kann jeder Teil verlangen, dass die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können. [1])

a) Sind mehrere Sachen geliefert worden, so hat der Besteller weder ein Recht noch eine Pflicht, in Ansehung aller Sachen Wandelung zu verlangen. Daran wird auch durch die Tatsache nichts geändert, dass die verschiedenen Sachen für einen Gesammtpreis hergestellt wurden.

b) Eine Ausnahme von diesem Satze besteht nur unter einer doppelten Voraussetzung:

α) Die Sachen müssen als zusammengehörend geliefert sein.

β) Der Teil, der Wandelung in Ansehung aller Sachen verlangt, erleidet dadurch, dass die mangelhaften Sachen von den übrigen getrennt werden, einen Nachteil.

IV. Sind bei einem Werkvertrag auf der einen oder anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann das Recht der Wandelung nur von Allen und nur gegen Alle ausgeübt werden. Erlischt das Wandelungsrecht für einen der Besteller, so erlischt es auch für die übrigen. [2]) Das Recht zu wandeln, ist also aktiv und passiv unteilbar. Eine Folgerung dieses Satzes enthält der § 474. A. 2.: Mit der Vollziehung der von einem der Besteller verlangten Minderung ist die Wandelung für alle ausgeschlossen.

---

[1]) B. G. B. 469.

[2]) B. G. B. 356.

β) Ihre Wirkungen.

§ 7.

I. Die Wirkungen der Wandelung sind normiert in dem § 467 in Verbindung mit den §§ 346—348 und und § 354.

Wenn die Wandelung erfolgt ist, erlischt das alte Schuldverhältnis und es entsteht eine neue Verpflichtung der Parteien. „Die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren". [1]) Die Parteien sollen in die Lage zurückversetzt werden, in der sie sich befanden, als der Vertrag abgeschlossen wurde. Da nur die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind, ergiebt sich, wenn noch auf keiner Seite geleistet wurde, dass für keine Partei eine Verpflichtung entsteht.

Beim Werkvertrag wird man bei genauerer Beobachtung finden, dass die Wirkungen der Wandelung in vielen Fällen sich decken mit denen der Minderung. [2]) Das kommt daher, weil der Besteller den Stoff liefert; da er im Moment des Vertragsabschlusses den Stoff hatte, soll er ihn auch jetzt wieder haben. Nun wird aber meistens der Besteller den Stoff nicht so zurückerhalten, wie er ihn gegeben hat, sondern er erhält ihn zurück, verarbeitet. Dass der Unternehmer Eigentümer des Stoffs wird, weil er denselben gemäss § 950

[1]) B. G. B. 346, S. 1.

[2]) Vgl. Hachenburg, S. 79.

verarbeitet oder umgebildet hat, dürfen wir nicht annehmen; sonst würde ja jeder Fabrikarbeiter Eigentümer der von ihm in der Fabrik hergestellten Sachen.

Soweit wollte das Gesetz offenbar nicht gehen. Man muss sagen, dass der Specifikant dann nicht Eigentümer der specificirten Sache wird, wenn er zu dem Stofflieferant in einem Rechtsverhältnis steht, auf Grund dessen er den Stoff verarbeiten soll für den Stofflieferanten.

Beim Werkvertrag speciell stehen mit der Ansicht Oertmanns und Jsays die Bestimmungen der §§ 647 und 648 in direktem Widerspruch.

Daraus folgt, dass der Besteller den verarbeiteten Stoff erhält, während der Unternehmer statt der Vergütung den Wert der geleisteten Dienste ersetzt bekommt. [1])

Den objektiven Wert seiner Leistung bekommt der Unternehmer auch dann ersetzt, wenn die Rückgewähr der Leistung in natura von vornherein unmöglich ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Wandelung sich nicht auf eine „Sache“ bezieht. (vgl. Beispiele unter § 4 II, 3 a.) In diesen Fällen, meint Riezler, ist die Wandelung aus „natürlichen Gründen“ ausgeschlossen und daher sogar thoretisch unzulässig. Mit dieser Ansicht können wir uns durchaus nicht einverstanden erklären. Jedenfalls muss doch die Frage so entschieden werden, dass man dem Geist des Gesetzes möglichst gerecht wird. Bei der Wandelung kommt die Frage des „ob“ und die des „wie“ in Betracht. Das Gesetz regelt die Frage des „ob“ vollständig, die des „wie“ nicht. Wir sind also eher zu einer Abänderung des „wie“ wie zu einer solchen des „ob“ berechtigt. Wir

[1]) s. unten III, 1a.

erklären daher die Wandelung auch in diesem Falle für zulässig.

Wie werden aber die Leistungen zurückgewährt? Am besten wird es wohl sein, wenn man den Satz 2 des § 346 des B. G. B. für analog anwendbar erklärt. Oft wird es vorkommen, dass der objektive Wert der Leistung gleich Null ist.

An dieser letzten Ausführung haben wir so recht deutlich gesehen, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des Werkvertrags doch immer nur an den Werkvertrag im eng. Sinn dachte.

Wenngleich nun in diesen Fällen die Wandelung von der Minderung nicht zu unterscheiden ist, so besteht trotzdem zwischen den beiden Ansprüchen keine Identität und zwar deshalb nicht, weil bei der Minderung für die Herabsetzung der Vergütung der Moment des Vertragsabschlusses in Betracht kommt. [1])

An dieser Stelle müssen noch zwei Punkte besprochen werden:

1. Schollmeyer [2]) ist der Ansicht, dass nur der Besteller auf Rückgewähr der Leistung „klagen" kann, während der „Unternehmer nur die Möglichkeit hat, dem morosen Besteller eine angemessene Frist zu bestimmen mit der Erklärung, dass er die Annahme der zurückzugewährenden Gegenstände nach Ablauf der Frist ablehne. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist ist dann die Durchführung der Wandelung ausgeschlossen. Trotz „vollzogener" Wandelung hat es also der Besteller in der Hand, die Wandelung durchzuführen oder die fehlerhafte Sache gegen die Vergütung zu behalten". Diese durchaus unhaltbare Ansicht wird dadurch widerlegt, dass es in § 346 heisst: Hat der Besteller das

[1]) Vgl. § 8.

[2]) Schollmeyer, S. 16.

Recht, Wandelung zu verlangen, so sind beide Parteien, wenn die Wandelung vollzogen ist, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Wenn nun im Gesetz steht, „jede Partei ist verpflichtet", so heisst dies, dass die Partei, welche ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, — das kann ebenso gut der Besteller wie der Unternehmer sein — darauf verklagt werden kann. Wenn also die Wandelung vollzogen ist, stehen dem Unternehmer zwei Rechte zur Verfügung: entweder er klagt auf Rückgewähr der Leistungen — was allerdings selten der Fall sein wird — oder er macht von dem Rechte des § 354 [1]) Gebrauch.

2. Planck [2]) sagt bezüglich der Vollstreckbarkeit der Ansprüche: „Wenngleich die Ansprüche des Bestellers und des Unternehmers erst aus der vollzogenen Wandelung entstehen, so kann doch mit dem Anspruch auf Wandelung (er meint, Anspruch auf Einwilligung zur Wandelung) der Besteller in derselben Klage die ihm aus der Wandelung erwachsenden Ansprüche geltend machen. Das Urteil, durch welches der Unternehmer verurteilt wird, in die Wandelung zu willigen und die Vergütung gegen Rückgewähr des Empfangenen zurückzugeben, wird aber erst mit der Rechtskraft vollstreckbar. [3]) Diese Auffassung wird durch meine obige Ausführung widerlegt, wonach der Besteller nicht auf Einwilligung zu klagen braucht, sondern sofort die sich aus dem Recht der Wandelung ergebenden Ansprüche verfolgen kann. Bevor dieses Urteil rechtskräftig wird, kann es schon vorläufig vollstreckt werden,

---

[1]) Vgl. unten VI.

[2]) Planck, S. 253.

[3]) C. P. O. 894.

wenn eine der Voraussetzungen der §§ 708—711 d. C. P. O. vorliegt.

II. Es kann vorkommen, dass eine Partei von der Sache Nutzungen gezogen oder Verwendungen auf die Sache gemacht hat; es können auch Vertragskosten entstanden sein. Für alle Fälle bestimmt das Gesetz:

1. Der Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen, sowie der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen bestimmt sich von dem Moment der Leistungen nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. [1])

Daraus ergiebt sich:

a) Die Partei, die von dem Moment des Empfangs der Leistung an Nutzungen gezogen hat, hat sie herauszugeben. Hat sie Nutzungen nicht gezogen, die sie nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft hätten ziehen können, so ist sie der anderen Partei zum Ersatz verpflichtet, soweit ihr ein Verschulden zur Last fällt. (fructus percepti et percipiendi.) [2])

Hierher gehört die Bestimmung, dass eine Geldsumme von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen ist. [3]) [4])

Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen und den Wert

[1]) B. G. B. 347. S. 2.
[2]) B. G. B. 987.
[3]) B. G. B. 347 S. 3.
[4]) Mit 4 %; im Handelsverkehr mit 5 %.

der Früchte nicht übersteigen. (fructus non intelleguntur nisi deductis impensis.) [1])

b) Macht eine Partei nach dem Empfang der Leistung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht der anderen Partei nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. [2]) Soweit eine Partei sich einer dritten Person gegenüber verpflichtet, hat sie gegen die andere einen Liberationsanspruch.

2. Der Unternehmer hat dem Besteller die Vertragskosten zu ersetzen. [3])

III. Es wird den Parteien oft nicht möglich sein, „genau" die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Diese Unmöglichkeit kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Wir haben zu unterscheiden:

1. Den Rückgewährungspflichtigen trifft kein Verschulden. Auch hier giebt es verschiedene Fälle:

a) Es liegt in der Natur der empfangenen Leistung, dass sie nicht zurückgewährt werden kann. Das trifft zu bei geleisteten Diensten; für geleistete Dienste ist der Wert zu vergüten. [4]) Falls der Vertrag nichts bestimmt, ist der gemeine Wert zu vergüten. Ist aber in dem Vertrage für diese Dienste eine Gegenleistung in Geld bestimmt, so ist diese zu entrichten. Der zu vergütende Wert richtet sich nach dem Zeitpunkt der Bewirkung dieser Leistung. [5]) Ebenso wie für geleistete Dienste ist auch für die Ueberlassung der Benutzung der Sache der Wert zu vergüten.

---

[1]) B. G. B. 102.
[2]) B. G. B. 994. A. 2; 683.
[3]) „ 467. S. 2.
[4]) „ 346. S. 2.
[5]) Vgl. auch Neumann. I. S. 176.

b) Gewöhnlich kann die empfangene Leistung zurückgegeben werden; im konkreten Falle aber kann sie es nicht, weil die Sache durch Zufall verschlechtert wurde oder untergegangen ist. In diesem Falle kann die Gegenpartei nur die Herausgabe eines ev. erlangten Surrogats verlangen gemäss § 818 oder 281.

c) Das Empfangene wird zwar zurückgewährt, aber nicht in der Gestalt, die es hatte zur Zeit des Empfangs der Leistung, sondern verarbeitet. Wenn der Besteller die specifierte Sache zurückgewährt, so drängt sich die Frage auf, wer hat die Specificationskosten zu ersetzen, und in welchem Umfang sind sie zu ersetzen? Dass der Unternehmer die Kosten zu ersetzen hat, darin sind alle einig. Nur die Frage, wieviel er zu ersetzen hat, ist streitig. Nach den Motiven [1]) wären sämmtliche Kosten zu ersetzen; a. A. Planck, [2]) der meint, dass der Unternehmer nur dienigen Kosten zu ersetzen hat, welche notwendige Verwendungen zur Herstellung dieser verarbeiteten Sache darstellen. Diese letzte Ansicht, die auch der Billigkeit eher entspricht, dürfte wohl die richtige sein.

2. Den Rückgewährungspflichtigen trifft ein Verschulden.

Der Moment des Verschuldens kann vor der erfolgten Wandelung oder nach derselben liegen. Liegt er vor derselben, so kann es sich nur um eine „unwesentliche“ Verschlechterung handeln, weil ja sonst die Wandelung überhaupt ausgeschlossen ist. Meistens wird es sich daher um ein Verschulden nach vollzogener Wandelung handeln. Für beide Fälle bestimmt das B. G. B., [3]) dass der Anspruch auf Schadensersatz

[1]) Motive II, S. 232 oben; vgl. auch Emerich, S. 74.

[2]) Planck, S. 252.

[3]) B. G. B. 347. S. 1.

wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe sich bestimmt im Fall der Wandelung von dem Empfang der Leistung an nach dem Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. [1]) Danach ist die rückgewährungspflichtige Partei für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass „infolge ihres Verschuldens" die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihr nicht herausgegeben werden kann.

a) Der Schaden muss mit dem Verschulden in Kausalzusammenhang stehen.

b) Das Verschulden umfasst auch die culpa levis. Es umfasst sie nicht, wenn die Gegenpartei in Annahmeverzug ist. [2])

IV. Bezüglich der in § 6. unter II. besprochenen Fälle fragt es sich, zu welchem Wert die Sachen, die zurückgegeben werden, veranschlagt werden. Der § 471 sagt: Findet im Fall der Herstellung mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesammt*preis* in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Gesammt*wert* der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem *Werte* der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

1. Auch für den Werkvertrag kommt es auf die Zeit des Vertragsabschlusses an, wenngleich zu jener Zeit ein mangelhaftes Werk noch gar nicht bestand. Planck argumentiert folgendermassen: „Die fragliche Vorschrift

[1]) B. G. B. 989.

[2]) B. G. B. 300.

(des Kaufs) soll auf den Werkvertrag nur entsprechende Anwendung finden. Zu Grunde liegt ihr Gedanke, dass der Käufer, wenn er den Mangel der Sachen gekannt hätte, den Kaufpreis in demselben Verhältnis geringer bestimmt haben würde, in welchem der wirkliche Wert der mangelhaften Sache zur Zeit des Verkaufs geringer war als der Wert der betreffenden Sache in mangelfreiem Zustand. Dieser Gedanke führt bei dem Werkvertrag dahin, dass der Besteller, wenn er gewusst hätte, dass er ein mangelhaftes Werk erhalten würde, die Vergütung für das Werk in dem Verhältnisse geringer bemessen haben würde, in welchem der Wert eines mangelhaften Werks der fraglichen Art zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrags geringer ist als der Wert eines mangelfreien Werks. [1])

2. Der Fall, dass neben der in Geld festgesetzten Vergütung Leistungen bedungen sind, welche nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, wird erst bei der Minderung eingehend behandelt werden. [2])

3. Was die Berechnung selbst angeht, so sind drei Posten gegeben und ein vierter zu suchen. Gegeben ist der Gesammt*preis*, der Gesammt*wert* aller Sachen in mangelfreiem Zustand sowie der Gesammt*wert* der Sachen, hinsichtlich deren nicht gewandelt wird. Zu suchen ist als vierte Grösse der Gesammt*preis* der Sachen, hinsichtlich deren nicht gewandelt wird. Der zu suchende Preis soll sich verhalten zu dem Gesammtpreis wie der Wert der Sachen, auf die sich die

[1]) Die Ansicht Dernburgs, dass für den Zeitpunkt der Minderung der Moment der Ablieferung in Betracht komme, hat, abgesehen davon, dass sie mit dem Text des B. G. B. in Widerspruch steht, praktisch ebensoviele Nachteile, wie die hier vertretene Auffassung.

[2]) Vgl. § 8 III. 4.

Wandelung nicht erstreckt, sich verhält zu dem Gesammtwert d. h. die Preise müssen in demselben Verhältnis stehen wie die Werte. Der Preis wird durch den subjektiven Parteiwillen bestimmt; der Wert dagegen ist unabhängig von dem Parteiwillen durch die Auffassung des Verkehrs gegeben. Die Rechenmethode, nach welcher im vorliegenden Fall vorgegangen wird, bezeichnet man als die „relative".

Beispiel:

Gesammt*preis* = 150	Gesammt*wert* = 120
Preis der Sachen, auf die sich die Wandelung nicht erstreckt, = x	*Wert* der Sachen, auf die sich die Wandelung nicht erstreckt, = 80.

x = 100.

Die Sachen, welche zurückgegeben werden, werden also um 150 − 100 = 50 veranschlagt.

V. Wie haben die Parteien ihre Verpflichtungen zu erfüllen? Die Parteien haben Zug um Zug zu erfüllen [1]) d. h. jede Partei hat zu leisten gegen Empfang der ihr gebührenden Leistung. Dass die Leistungen immer gleichzeitig erfolgen, wird sich oft nicht ausführen lassen. Doch muss mit Planck [2]) gesagt werden, dass es genügt, „wenn die Leistung in einer solchen Art erfolgt, dass der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Leistung zu erhalten". Durch Bestimmung des § 348 sollen nun für die gegenseitige Rückgewährungspflicht die §§ 320 und 322, welche vom gegenseitigen Vertrag handeln, herangezogen werden. Daraus folgt:

---

[1]) B. G. B. 348.

[2]) Planck. II., S. 45. A. 1.

1. Zulässigkeit der Einrede.

a) Jede Partei hat bis zur Bewirkung der vollen Gegenleistung das Recht, die ihr obliegende Leistung zu verweigern. Es handelt sich also hier um eine materielle Einrede (exceptio non adimpleti oder non rite impleti contractus); als solche muss sie von dem Beklagten im Prozess vorgebracht werden, widrigenfalls er unbedingt d. h. ohne die Vorteile des § 322 verurteilt wird. Daraus, dass der Beklagte diesen Umstand vorbringen muss, folgt, dass der Kläger in seinem Klagegrund nicht zu behaupten braucht, er habe schon erfüllt oder der Beklagte sei in Annahmeverzug. Eine Ausnahme von dem Satz, dass der Beklagte die ihm obliegende Leistung solange verweigern darf, bis ihm die Gegenleistung voll erbracht ist, besteht jedoch insoweit, als die Verweigerung der ihm obliegenden Leistung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils [1]) gegen Treu und Glaube verstossen würde. [2])

b) Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. [3])

c) Der Beklagte kann die Einrede auch dann geltend machen, wenn er in mora accipiendi ist. Der Kläger kann aber dem Beklagten die Einrede dadurch abschneiden, dass er mit dem Gegenstand in einer Weise verfährt, durch welche er von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird, z. B. er hinterlegt die Sache.

---

[1]) Quantitativ u. qualitativ. A. A. Cosack. I. S. 301. 302.
[2]) B. G. B. 320, 2.
[3]) B. G. B. 320. A. 1, S. 2.

2. Die Beweislast regelt sich folgendermassen: Der Anspruch des Klägers beruht auf den gegenseitigen Verpflichtungen, die sich aus der Wandelung ergeben. Aus der Klageschrift ergiebt sich daher schon, dass auch den Kläger eine Rückgewährungspflicht trifft; daher braucht auch der Beklagte dem Kläger diese Pflicht nicht mehr nachzuweisen.

Da nun dem Beklagten ebenfalls eine Leistung zukommt, muss der Kläger beweisen, dass er sie erbracht hat. [1]) Die Beweislast dreht sich um, wenn der Beklagte die Leistung als Erfüllung angenommen hat und sie jetzt aus dem Grund nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete oder weil sie unvollständig gewesen sei.

3. Die Wirkung der Einrede.

Während sonst nach B. G. B. der Umstand, dass eine Einrede begründet ist, die Folge hat, dass der Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen wird, erleidet hier, wo es sich um Leistungen Zug um Zug handelt, der Satz eine Ausnahme insofern, als der Beklagte zur Leistung verurteilt wird, jedoch nur gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung. [2])

4. Einige Besonderheiten gelten für die Zwangsvollstreckung in Zug um Zug zu erbringende Leistungen.

a) Auf Grund einer Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der im obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzug der Annahme ist. [3]) Die Zwangsvollstreckung

---

[1]) Arg. e contrario B. G. B. 363.

[2]) B. G. B. 322. A. 1.

[3]) B. G. B. 322. A. 3. in Verbindung mit § 274. A. 2.

erfolgt in diesem Fall ohne Besonderheiten, gerade wie wenn der Schuldner unbedingt verurteilt worden wäre.

b) Der Schuldner ist nicht in Annahmeverzug. Dann kommen die Sonderbestimmungen der C. P. O. über Voraussetzungen zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, [1]) sowie über Beginn der Zwangsvollstreckung, [2]) endlich über die Anordnung von Vollstreckungsmassregeln durch das Vollstreckungsgericht [3]) zur Anwendung.

VI. Die bereits vollzogene Wandelung kann nachträglich wieder unwirksam werden. [4])

1. Voraussetzungen.

a) Der Berechtigte muss mit der Rückgewähr der Leistung „im Verzug" sein.

b) Er muss mit der Rückgewähr des „empfangenen Gegenstands oder eines erheblichen Teils desselben" in Verzug sein. Der nach § 346. S. 2. zu ersetzende Wert, sowie die Ansprüche aus den §§ 347, 281, 818 und 462. S. 2 kommen nicht in Betracht.

c) Der andere Teil muss eine angemessene Frist bestimmen.

d) Die Bestimmung muss die Erklärung enthalten, dass er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne.

2. Wirkung.

Die Folgen der Wandelung werden wieder aufgehoben, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt. Nun ist also das Wandelungsrecht

[1]) C. P. O. 726.
[2]) C. P. O. 756.
[3]) C. P. O. 765.
[4]) B. G. B. 354.

erloschen; im Moment, wo aber die Wandelung vollzogen war, erlosch das Minderungsrecht. Nun fragt es sich: Lebt jetzt, da das Wandelungsrecht erloschen ist, das Minderungsrecht wieder auf? Der Grundgedanke des § 354 ist folgender: Die vollzogene Wandelung wird unwirksam, d. h. die Folgen, die sich an den Vollzug der Wandelung knüpfen, fallen weg; mehr nicht. Die Wandelung bleibt demnach vollzogen; es tritt mithin ein Fall der fiktiven Unmöglichkeit der Rückgewähr ein. Da nun die Wandelung vollzogen ist und bleibt, lebt auch das Minderungsrecht nicht wieder auf.

Diese Ansicht wird noch durch folgende Erwägungen unterstützt:

a) Ein Besteller, der die gestellte Frist ablaufen lässt, ohne die empfangene Leistung zurückzugewähren, erklärt sich stillschweigend mit der erhaltenen Leistung zufrieden.

b) Nehmen wir an, die Wandelung sei vollzogen durch ein rechtskräftiges Urteil, so könnte der Unternehmer, wenn der Besteller von neuem auf Minderung klagen würde, dieser Klage die exceptio rei judicatae entgegenhalten. Da nun die Folgen des Wandelungsvollzugs durch Vertrag nicht schwächer sein können als die durch rechtskräftiges Urteil, so folgt daraus, dass auch eine nach § 465 vollzogene Wandelung im Fall des § 354 an und für sich bestehen bleibt, jedoch wirkungslos wird.

c) Die Minderung im Speciellen.

§ 8.

I. Die Minderung unterscheidet sich von der der Wandelung dadurch, dass die Parteien die Leistungen behalten; nur ist der Besteller berechtigt, die versprochene Vergütung herabzusetzen. Bei der Minderung spielt es daher keine Rolle, wenn der Besteller die Leistung nicht mehr hat, mag sie nun untergegangen oder verschlechtert sein, mag der Besteller sie veräussert haben; er ist ja nicht verpflichtet, sie herauszugeben.

Der Minderungsanspruch ist kein Ersatzanspruch, weil dem Besteller der Anspruch auch dann zusteht, wenn er den Gegenstand mit Gewinn weiterveräussert hat.

II. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Minderungsrechts sind folgende Punkte zu erwähnen:

1. Im Gegensatz zur Wandelung ist die Minderung auch zulässig wegen unerheblicher Mängel. Und das mit gutem Grunde, weil das Minderungsrecht noch lange kein so eingreifendes Recht ist wie die Wandelung.

2. Sind mehrere Sachen hergestellt worden und sind nur einzelne mangelhaft, so ist zu unterscheiden:

a) Für jede einzelne Sache wurde ein Preis festgesetzt; dann verhält es sich ebenso, wie wenn jede Sache für sich, getrennt von den übrigen, hergestellt

worden wäre. Ist daher eine Sache mangelhaft, so wird auf die übrigen gar keine Rücksicht genommen, mögen die Sachen „zusammengehören“ oder nicht.

Ob nun für jede einzelne Sache ein Preis festgesetzt ist, das wird sich oft nicht feststellen lassen, weil der Besteller überhaupt nicht danach gefragt hat. Hier ist der Parteiwille und auch die Verkehrssitte massgebend. Man wird, wenn mehrere Sachen als „zusammengehörend“ hergestellt sind, meistens annehmen müssen, dass dafür ein Gesammtpreis bezahlt wird.

b) Die Sachen wurden um einen Gesammtpreis hergestellt. In dem Falle findet, auch wenn die Sachen nicht zusammengehören, zwar die Minderung nur in Ansehung der mangelhaften Sache statt, aber der Gesammtpreis wird gekürzt unter Zugrundelegung des Wertes aller Sachen. [1])

Ist allerdings eine Sachgesammtheit hergestellt worden, z. B. eine Garnitur Möbel, so wird durch die Mangelhaftigkeit eines einzigen Stückes der Wert der sämmtlichen Stücke verringert; hier findet demgemäss die Minderung in Ansehung sämmtlicher Sachen statt. Dementsprechend wird im letzten Fall der Umfang der Minderung verhältnismässig grösser sein als im ersten.

3. Sind auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden. [2]) So kann es kommen, dass ein Besteller eine grössere Minderung erlangt als der andere. Aber wenn einer gemindert hat, so können auch die übrigen nur mindern; [3]) denn das Wandelungsrecht ist unteilbar, das Minderungsrecht dagegen teilbar.

---

[1]) B. G. B. 472. A. 2.

[2]) B. G. B. 474. A. 1.

[3]) Arg. e contrario B. G. B. 474. A. 2.

III. Die Wirkungen der Minderung.

Ist die Minderung vollzogen, so wird der Besteller von der versprochenen Vergütung soweit befreit, als dieselbe herabgesetzt worden ist. Hat der Besteller dem Unternehmer die volle Vergütung schon gegeben, so hat er z. T. eine Nichtschuld bezahlt. Soweit dies zutrifft, steht dem Besteller die condictio indebiti zu.

Wie ist nun der Betrag zu ermitteln, um den sich die Vergütung vermindert?

1. Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses [1]) der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. [2])

a) Der Minderungsbetrag wird nach der relativen Methode berechnet. [3])

b) In dem unter II. 2b besprochenen Falle ist bei der Herabsetzung der Vergütung der Gesammtwert aller Sachen zu Grunde zu legen.

c) Wie hoch der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande wäre und wie hoch er wirklich ist, hat der Richter nach freiem Ermessen festzustellen; meistens wird er darin durch Sachverständige unterstützt.

2. Es kann vorkommen, dass der Besteller neben der in Geld festgesetzten Vergütung Leistungen versprochen hat, welche etwas anderes zum Gegenstand haben als vertretbare Sachen. [4]) Diese Leistungen können also „nicht vertretbare“ Sachen sein; es können aber auch „Dienste“ gemeint sein. Letzteres ergiebt

[1]) Vgl. § 7. IV. 1.

[2]) B. G. B. 472. A. 1.

[3]) Vgl. § 7. IV. 3.

[4]) So Oertmann, S. 198; auch Planck. II. S. 256,2.

sich allerdings erst aus der Interpretation, wenn man das Wort „nicht“ zu „haben“ zieht und nicht zu „vertretbar.“

Wenn nun solche Leistungen bedungen sind, so müssen sie zunächst nach dem Wert zur Zeit des Vertragsabschlusses in Geld veranschlagt werden. [1]) Das ist nötig, um für die aufzustellende Proportion als Gesammtpreis eine einheitliche Summe festsetzen zu können, um also eine Berechnung des herabzusetzenden Betrags überhaupt zu ermöglichen.

Hat man nun die Kürzungssumme ermittelt, so kann diese nur an dem in Geld festgesetzten Preise herabgesetzt werden. [2])

Anders bei den vertretbaren Sachen; zwar müssen auch sie in Geld veranschlagt werden, um die Berechnung des Kürzungsbetrags zu ermöglichen; ist aber der Betrag festgestellt, so können entweder die Geldleistung oder die in anderen vertretbaren Sachen ausgedrückte Vergütung oder auch beide um den fraglichen Betrag gekürzt werden.

Ist die Kürzungssumme grösser als die in Geld zu leistende Vergütung, so hat der Unternehmer dem Besteller die Differenz zu vergüten. [3]) Beispiel: Der Besteller verspricht dem Unternehmer für die Herstellung eines Werkes zwanzig Mark; ausserdem verpflichtet er sich, in dem Bureau des Unternehmers während eines Monats Dienste zu leisten. Nun wird dem Besteller statt eines mangelfreien Werks, das 200 Mark wert wäre, ein mangelhaftes geliefert,

---

[1]) B. G. B. 473. S. 1.
[2]) B. G. B. 473. S. 2. Halbs. 1.
[3]) B. G. B. 473. S. 2. Halbs. 2.

welches einen Wert von 100 Mark darstellt. Die Dienste, die der Besteller leisten soll, werden mit 100 Mark veranschlagt. Wir haben also folgende Rechnung aufzustellen.

$$\frac{20 + 100}{x} = \frac{200}{100};$$

$$x = 60.$$

Wenn der Besteller die Vergütung nur in Geld zu leisten hätte, müsste er 60 Mark zahlen. Da er nun aber dem Unternehmer für 100 Mark Dienste leisten muss, folgt, dass dieser dem Besteller 100 — 60 = 40 Mark schuldet.

3. Der Schadensersatzanspruch.

§ 9.

Damit der Besteller von dem Unternehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, muss zu den in § 5, II angegebenen Voraussetzungen noch die hinzukommen, dass der Mangel des Werks auf einem Umstande beruhen muss, den der Unternehmer zu vertreten hat. [1])

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. Der Mangel des Werks muss auf dem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, beruhen.

2. Unter „vertreten“ versteht man „haften wegen Verschuldens“. Das Verschulden kann dolus und culpa

[1]) B. G. B. 635.

sein. Ist der Unternehmer in Leistungsverzug, so hat er auch casus zu vertreten. Dem eigenen Verschulden steht das seiner Gehülfen nach § 278 gleich.

3. Für eine fehlende Zusicherung an und für sich haftet der Unternehmer noch nicht nach § 635, sondern erst wenn ihn ein Verschulden trifft.

Ob eine Zusicherung die Bedeutung einer Garantieübernahme hat, muss im Einzelfall geprüft werden.

4. Der Besteller kann diesen Anspruch nur „statt" der Wandelung oder der Minderung, nicht aber neben ihr geltend machen.

5. Die Beweislast regelt sich nach § 282. Der Unternehmer hat zu beweisen, dass er einen Mangel nicht zu vertreten hat. Nur dann hat der Besteller einen Beweis zu führen, wenn der Unternehmer durch Vertrag seine Vertretungspflicht erweitert hat; nämlich den, dass diese Pflicht vertragsmässig erweitert wurde.

B. Wegfall der Rechte des Bestellers trotz mangelhafter Lieferung.

1. Wegen Verjährung der Ansprüche.

§ 10.

Der Besteller hat nicht die Pflicht. das Werk bei der Abnahme oder nachher zu prüfen. [1]) Dadurch kann nun natürlich der Unternehmer in eine recht un-

[1]) Näheres in § 11. III.

angenehme Lage kommen, weil er nie die Gewissheit hat, ob er vor Klagen wegen Mängel der hergestellten Sache geschützt ist. Der Gesetzgeber hat eingesehen, dass diese schlechte Stellung des Unternehmers gebessert werden musste; und zwar hat er bestimmt, dass der Besteller die Mängel nur während gewisser kurzer Fristen dem Unternehmer gegenüber geltend machen könne. Ist die Frist abgelaufen, so ist die Geltendmachung des Mangels ausgeschlossen.

I. Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels sowie die Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren (Gewährschaftsverjährung), sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig [1]) verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken [2]) in fünf Jahren [3]).

1. Die Verjährung dieser Ansprüche beginnt mit der Abnahme des Werks; [4]) ist nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen, mit der Vollendung. [5])

---

[1]) Vgl. § 11. I.

[2]) Unter Bauwerken hat man für die Dauer berechnete, aus Stein, Holz, Metallen oder ähnlichen Materialien, mit dem Boden fest verbundene Werke, im Uebrigen Hoch- oder Tiefbauten zu verstehen. Vgl. Emerich, S. 77 u. auch R. G. 30. S. 153.

Dass man bei Bauwerken eine fünfjährige Verjährungsfrist gewählt hat, beruht nach den Motiven II. S. 489 darauf, dass bei Bauwerken Mängel der Konstruktion und des Materials regelmässig innerhalb 5 Jahren zu Tage treten.

[3]) B. G. B. 638. A. 1. S. 1.

[4]) „ „ „ „ 2.

[5]) „ 646.

2. Ist die Wandelung oder Minderung vollzogen, so kommen die kurzen Verjährungsfristen nicht mehr in Betracht.

3. Die Verjährungsfristen werden berechnet nach den Vorschriften der §§ 186 ff.

4. Die Verjährung der Ansprüche wird gehemmt, wenn sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht. [1]).

α) Der Unternehmer muss im Einverständnis mit dem Besteller handeln.

β) Die Verjährung ist solange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert. [2]).

γ) Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechtnet. [3])

δ) Die allgemeinen Hemmungsgründe bestehen selbstverständlich weiter.

5. Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Besteller gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. [4])

a) Die Beweisaufnahme kann beantragt werden, auch ohne dass die Voraussetzungen des § 485 der C. P. O. vorliegen.

---

[1]) B. G. B. 639. A. 2. Halbs. 1.
[2]) B. G. B. 639. A. 2. Halbs. 2.
[3]) B. G. B. 205.
[4]) B. G. B. 639. A. 1 in V. § 477. A. 2. S. 1.

b) Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. [1])

α) Wird das Verfahren nicht beendigt, sondern gerät es infolge einer Vereinbarung oder dadurch, dass es nicht betrieben wird, in Stillstand, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozesshandlung der Parteien oder des Gerichts. [2])

β) Die nach der Beendigung der Unterbrechung beginnende neue Verjährung wird dadurch, dass eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt, von neuem unterbrochen. [3]).

γ) Die Unterbrechung durch Antrag anf Beweissicherung gilt als nicht erfolgt, wenn der Antrag zurückgenommen wird. [4])

δ) Stellt der Besteller binnen sechs Monaten einen neuen Antrag, so gilt die Verjährung als durch die Stellung des ersten Antrags unterbrochen. Wenngleich diese sechsmonatliche Frist keine Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist ist, finden trotzdem die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 darauf Anwendung. [5])

c) Wird die Verjährung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Frist nicht in Betracht; eine neue Verjährung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen. [6])

d) Die allgemeinen Unterbrechungsgründe bleiben ebenfalls bestehen.

---

[1]) B. G. B. 477 A. 2, S. 2.
[2]) „ „ „ S. 3. i. V. m. § 211 A. 2, S. 1.
[3]) „ „ „ „ „ „ „ „ S. 2.
[4]) „ „ „ „ „ „ § 212 A. 1.
[5]) „ „ „ „ i. V. § 212, A. 2.
[6]) B. G. B. 217.

6. Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Absatz 1. des § 638 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche. [1])

7. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden. [2])

a) Die Frist kann auch durch Vertrag gekürzt werden. Das wird hier nicht besonders angeführt, weil es sich schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 225 ergiebt. Dagegen ist nach § 225. eine Verlängerung der Frist nicht zulässig, weil eine Verlängerung der Verjährung eine Erschwerung derselben bedeutet.

Ein Ausschluss der Verjährung ist nach § 225 unzulässig; da der § 638 über den Ausschluss der Verjährung keine Sondervorschrift enthält, ist auch beim Werkvertrag der Ausschluss der Verjährung unzulässig.

b) Wenn die Verjährung verlängert werden kann, taucht die Frage auf, ob sie über die dreissigjährige Verjährungsfrist hinaus verlängert werden darf oder nicht.

Der § 638 hat die Verjährung beim Werkvertrag nur aus dem Grunde besonders geregelt, um sie zu erleichtern. Hätte der Gesetzgeber sie nicht erleichtern wollen, so hätte er die allgemeinen Vorschriften bestehen lassen. Es scheint uns daher der Absicht des Gesetzgebers eher zu entsprechen, wenn man die Verlängerung nur zulässt bis zur allgemeinen, im Gesetz bestimmten Verjährungsfrist d. h. bis zu dreissig Jahren. [3])

---

[1]) B. G. B. 639,1. i. V. m. § 477. A. 3.

[2]) B. G. B. 638. A. 2.

[3]) D. A. Oertmann, S. 202; auch die Motive II., S. 240. a. A. Planck, S. 378. A. 9.

c) Die im Verkehr überaus häufig vorkommenden Garantiefristen können die Bedeutung einer Verlängerung oder Verkürzung der Verjährung haben; aber nötig ist das nicht. Die Garantiefrist kann auch die Bedeutung haben, dass der Unternehmer sich verpflichtet, alle während dieser Zeit auftauchenden Mängel zu beseitigen, ohne im übrigen die Bestimmungen über die Verjährung zu ändern. [1])

8. Die Rücksichten auf den Unternehmer, die diese besonderen Bestimmungen veranlasst haben, liegen natürlich dann nicht mehr vor, wenn der Unternehmer einen Mangel arglistig verschweigt. Da das Gesetz für den Fall des dolus des Unternehmers die Anwendung des § 638 ausschliesst, gilt für diese Fälle die gewöhnliche Verjährungsfrist von dreissig Jahren.

II. Im B. G. B. giebt es keinen Satz, der allgemein ausspricht, dass ein Anspruch, der wegen Verjährung „aggressiv" d. h. durch Klage nicht mehr verfolgt werden kann, auch „defensiv" [2]) nicht mehr geltend zu machen ist. Jedoch hat das B. G. B. die Frage, ob eine Einrede nach Verjährung des Anspruchs noch geltend gemacht werden kann, in gewissen Fällen besonders geregelt, so z. B. beim Werkvertrag. Danach kann der Besteller nach Verjährung seiner Ansprüche, wenn er auf Zahlung der Vergütung verklagt wird, die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rechts, Beseitigung des Mangels zu ver-

---

[1]) Emerich, S. 77. u. Motive II. S. 240.

[2]) Ich wähle hier absichtlich den Ausdruck „defensiv", um damit sowohl die Fälle zu bezeichnen, in denen man einen Anspruch *einredeweise* vorbringen kann, als auch diejenigen, wo man gegen einen Anspruch des Gegners den *Kompensationseinwand* erhebt. (Die Aufrechnung ist bekanntlich nach B. G. B. keine Einrede.)

langen, [1]) oder der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. [2]) Hatte der Besteller einen Anspruch auf Schadensersatz, so kann er diesen Anspruch noch nach Vollendung der Verjährung desselben gegen die Vergütung aufrechnen. [3])

Diese Verteidigungsmittel stehen dem Besteller jedoch nur unter einer doppelten Voraussetzung zu:

Entweder 1. der Unternehmer muss den Mangel arglistig verschwiegen haben. Die Arglist ist von dem Besteller nachzuweisen. In diesem Falle sind die Rechte des Bestellers ohne weiteres unverjährbar.

oder 2. der Besteller muss vor Verjährung seiner Ansprüche

a) den Mangel dem Unternehmer angezeigt

oder b) die Anzeige an ihn abgesandt

oder c) gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt

oder d) in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreit dem Unternehmer den Streit verkündet haben.

---

[1]) Dass auch das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen, daher gehört, ergiebt sich daraus, dass § 639,1 von den vier Ansprüchen allgemein spricht.

Dass die „Beseitigung des Mangels“ zu § 478 und nicht zu § 479 gehört, folgt aus der Natur des Rechts, Beseitigung des Mangels zu verlangen.

[2]) B. G. B. 639. A. 1. i. V. m. 478.

[3]) B. G. B. 639. A. 1. i. V. m. 479.

Der § 479 will den § 390 noch weiter einschränken. Würde § 479 neben § 390 bestehen, so wäre § 479 wertlos, weil der Anspruch auf Schadensersatz im Moment der Entstehung der Forderung auf Vergütung noch nicht verjährt ist. Man würde daher immer mit 390 auskommen.

Liegt also auf Seiten des Unternehmers kein dolus vor, so muss der Besteller, wenn er seine Ansprüche noch nach Verjährung derselben verteidigungsweise geltend machen will, noch *vor* Verjährung derselben einen der Akte a—d vornehmen.

2. aus verschiedenen anderen Gründen.

§ 11.

I. Die gesetzliche Haftpflicht des Unternehmers kann durch Vereinbarung mit dem Besteller erweitert, [1]) beschränkt und ausgeschlossen werden.

Eine Vereinbarung, wodurch die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werks zu vertreten, beschränkt oder erlassen wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt. [2]) Richtig ist die Vereinbarung nur, wenn die Haftung erlassen oder beschränkt wird, nicht aber, wenn sie erweitert wird. Ausserdem muss das Verschweigen arglistig sein, d. h. es muss wider Treu und Glauben verstossen; es wird daher meistens erfolgen unter wissentlicher Benutzung oder Erregung eines Irrtums.

II. Die Haftung des Unternehmers fällt weg, wenn der Mangel entstanden ist „infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffs oder infolge einer

[1]) Bis zur Grenze von B. G. B. 276. A. 3. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

[2]) B. G. B. 637.

von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung.“ [1])

Dieser Satz entscheidet aber nicht die Frage, ob nicht der Unternehmer haftet, „wenn er es unterlässt, den Besteller auf Fehlerhaftigkeit des von demselben gelieferten Stoffs oder auf die mit den Anweisungen desselben für die Güte des Werks verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen“. Mit den Motiven [2]) muss hier gesagt werden: Der Unternehmer ist nach dem Sinn des Vertrags zur Anzeige verpflichtet, wenn er an dem gelieferten Stoff einen das Werk sichtbar gefährdenden Fehler entdeckt. Er muss voraussetzen, der Fehler sei dem Besteller unbekannt geblieben. Unterlässt in diesem Falle der Unternehmer die Anzeige kulpos, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

Ob nun der Unternehmer die Pflicht hat, den Stoff auf Mängel hin zu untersuchen, ist quaestio facti. Er hat diese Pflicht, wenn er auch für die Prüfung des Stoffs als Sachkundiger in Anspruch genommen wird und der Werkvertrag die Auslegung gestattet, dass der Besteller auf eine solche Prüfung hat rechnen dürfen. Dagegen hat er die Pflicht nicht, wenn der Besteller Sachkundiger sein soll, welcher eine Nachprüfung von Seiten des Unternehmers nicht hat erwarten dürfen.

III. Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält. [3])

---

[1]) B. G. B. 645.
[2]) Motive II. S. 486.
[3]) B. G. B. 640. A. 2.

1. Unter „Abnahme“ hat man die „Annahme als Erfüllung“ zu verstehen; dazu gehört eine körperliche Hinnahme und die Anerkennung der Leistung als Erfüllung. [1]) Der Besteller hat die Pflicht, das Werk abzunehmen nur, wenn vertragsmässig geliefert ist. Für die Zurückweisung genügt auch ein unerheblicher Mangel.

2. Der Besteller muss den Mangel kennen. Es genügt nicht eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis desselben. Der Besteller muss den Mangel kennen im Moment der Abnahme. Entdeckt er einen Mangel nach der Abnahme, so braucht er ihn nicht einmal dem Unternehmer anzuzeigen; jedoch bietet die Anzeige des Mangels gewisse Vorteile bei der Verjährung. [2])

3. Der Besteller muss sich seine Rechte vorbehalten, d. h. er muss eine Erklärung abgeben, aus der sich ergiebt, dass er in der Abnahme keinen Verzicht auf seine Rechte sieht. Der Vorbehalt muss mit genügender Bestimmtheit den Mangel bezeichnen.

4. Der Vorbehalt muss erfolgen „bei“ der Abnahme. Diese Bestimmung darf nicht ganz strikt interpretiert werden, weil es in vielen Fällen genügen wird, wenn der Vorbehalt „unverzüglich nach der Abnahme“ erfolgt.

5. Verliert der Besteller auch das Recht des § 635?

Auf den ersten Blick scheint es, dass der Besteller dieses Recht nicht verliert, weil es in § 640

[1]) A. A. Cosack. I. S. 521. Zustimmend Kisch „Unmöglichkeit“, S. 69 und in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 29, S. 333.

[2]) Vgl. oben § 10. II.

nicht erwähnt ist. Demgegenüber ist zunächst der allgemeine Grundsatz hervorzuheben, dass jemand, der ein schwächeres Recht verloren hat, auch das stärkere nicht mehr geltend machen kann; ferner die Fassung des § 635, wonach der Besteller „nur statt der Wandelung und Minderung“ Schadensersatz verlangen kann. Da nun dem Besteller das Wandelungs- bezw. Minderungsrecht genommen ist, kann er auch nicht „statt“ desselben Schadensersatz verlangen.

Darauf liesse sich nun erwidern, dass der § 635 von einer neuen Voraussetzung abhängt; den Unternehmer muss nämlich ein Verschulden treffen. Die vorbehaltlose Abnahme sollte daher dem Besteller die Rechte nur dann nehmen, wenn den Unternehmer kein Verschulden träfe. Dieser Gegengrund wird widerlegt durch die Analogie von § 464, wonach der Käufer seine Rechte selbst dann verliert, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Der Gesetzgeber will also die Rechte auch dann nehmen, wenn der Unternehmer schuldhaft handelt.

Dazu kommt noch ein Punkt. Die Frage, ob der § 635 bestehen bleibt, ist nur da von Bedeutung, wo der Besteller nicht zuerst Beseitigung des Mangels verlangen muss. Nun verliert der Besteller das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen, immer, wenn er die Lieferung vorbehaltlos annimmt; also auch dann, wenn der Unternehmer fahrlässig oder gar vorsätzlich vorgeht. Wir würden also, wenn wir der Ansicht Cosacks [1]) folgten, zu dem Resultat kommen, dass in den Fällen des § 634 A. 2 der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könnte; in den anderen gewöhnlichen Fällen dagegen nicht.

---

[1]) Cosack. I., S. 524 ff.

Auf Grund dieser Betrachtungen kamen wir zur Ansicht, dass der Besteller auch das Recht, Schadensersatz zu verlangen, verliert, obwohl der § 640 den § 635 nicht erwähnt.

6. Die Beweislast ist folgende: Der Unternehmer hat die Kenntnis des Bestellers zu beweisen, während der Beweis des Vorbehalts von dem Besteller zu erbringen ist.

ANHANG.

Die Gewährleistung für Mängel beim Werklieferungsvertrag.

§ 12.

I. Während bei dem Werkvertrag dadurch, dass der Besteller den Stoff liefert, für Verschaffung des Rechts an der hergestellten Sache kein Raum besteht, ist dies beim Werklieferungsvertrag im weit. Sinn möglich, da hier der *Unternehmer* den Stoff zu liefern hat.

1. Inhalt der Rechtsgewähr.

Nach § 651 hat der Unternehmer die Pflicht, dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an derselben zu verschaffen.

a) Der Lieferant ist verpflichtet, dem Besteller den hergestellten Gegenstand frei von Rechten zu

verschaffen, die von Dritten gegen den Besteller geltend gemacht werden können. [1])

b) Der Veräusserer eines Grundstücks ist verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Fall ihres Bestehens das dem Besteller zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. [2])

Diese Haftung wird ermässigt:

α) Durch den Umstand, dass der Lieferant die Sache hergestellt hat; er wird daher, wenn Specifikation des Stoffs vorliegt, Eigentümer desselben, selbst wenn der Stoff gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war.

β) Durch die Grundsätze vom guten Glauben.

2. Folgen des Rechtsmangels.

Erfüllt der Lieferant die ihm nach 1. obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Bestellers nach den Vorschriften der §§ 320 – 327.[3]) Der Besteller kann also die Rechte, die sich aus dem gegenseitigen Vertrag ergeben, geltend machen.

Wenn jedoch der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so kommt bei gelieferten „beweglichen" Sachen noch ein weiteres Erfordernis hinzu. Wir unterscheiden daher für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zwischen Mobilien und Immobilien.

a) Bei Immobilien ist der Schadensersatzanspruch nicht abhängig von der vorherigen Eviktion. Der Besteller kann also den Besitz behalten. Ein Schaden kann aber schon dadurch entstehen, dass er in das Grundbuch

---

[1]) B. G. B. 434.
[2]) B. G. B. 435.
[3]) B. G. B. 440. A. 1.

nicht eingetragen ist und daher keine Hypothek aufnehmen kann.

b) Anders bei Mobilien. Solange der Besteller die Sache in Händen hat, hat er aus dem Mangel des Rechts keine Nachteile. Deshalb bestimmt B. G. B. §440, A. 2 u. 3, dass der Besteller erst dann den Schadensersatzanspruch verfolgen kann, wenn er entweder

α) Die Sache dem Dritten herausgegeben hat
oder β) sie dem Lieferanten zurückgewährt
oder γ) wenn die Sache untergegangen ist
oder δ) wenn der Besteller den Dritten beerbt
oder das Recht des Dritten anderweit erwirbt
oder ihn abfindet
oder ε) wenn der Dritte den Besteller beerbt.

3. Der Besteller hat den Rechtsmangel zu beweisen. Wenn über das Recht ein Prozess mit einem Dritten anhängig ist, dann kann der Besteller dem Lieferanten den Streit verkünden. Dadurch wird dem Denunziaten Gelegenheit gegeben, als Nebenintervenient beizutreten. Hat der Besteller den Streit verkündet, dann reicht dies für die Geltendmachung seiner Rechte aus, wenn er im Prozess unterliegt. Der Denunziat verliert durch die Streitverkündung dem Besteller gegenüber den Einwand der unrichtigen Entscheidung; mit der Behauptung der schlechten Prozessführung wird er nur soweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zu der Zeit, zu welcher infolge der Streitverkündung der Beitritt möglich war, oder durch Erklärungen oder Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder

durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht worden sind. [1])

4. Die Pflicht für Rechtsgewähr besteht nicht:

a) wenn die hergestellte Sache mit solchen Rechten belastet ist, die nicht gegen den Besteller geltend gemacht werden können. [2])

b) für die Freiheit eines Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. [3])

c) wenn der Besteller bei dem Abschluss des Vertrags den Mangel im Recht gekannt hat. [4])

d) wenn es vereinbart ist. Jedoch ist eine solche Vereinbarung nichtig, wenn der Lieferant den Mangel arlistig verschweigt. [5])

II. Was nun die Gewährleistung für Sachmängel angeht, so wird unterschieden zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen.

1. Bei vertretbaren Sachen werden die Regeln vom Kauf streng durchgeführt. Ein Recht oder eine Pflicht des Bestellers, zuerst Beseitigung des Mangels zu verlangen, besteht also nicht. Dagegen gilt die Bestimmung des § 480 für Genuskauf.

2. Für nicht vertretbare Sachen gelten in Bezug auf die Mängelgewähr die Regeln vom Werkvertrag.

Die Mängel können nun Mängel des Stoffs sein; dieser Stoff kann individuell bestimmt sein. Es ist daher möglich, dass der Besteller weiss oder infolge

---

[1]) C. P. O. 68 u. 74.
[2]) B. G. B. 434.
[3]) „ 436.
[4]) „ 439.
[5]) „ 443.

grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass dieser individuell bestimmte Stoff mangelhaft ist. Trotzdem nun der § 651 die Anwendung des § 460 ausdrücklich ausschliesst, glauben wir mit Emerich [1]) und Hachenburg [2]) sagen zu müssen, dass hier der § 460 doch angewendet werden muss. Emerich lässt dies aus dem Grunde zu, weil der § 651 nur „auf die Herstellung einer res futura berechnet und auf die Bearbeitung einer Sache nur analog anzuwenden ist." Hachenburg meint: „Die Kaufnatur bricht durch."

---

[1]) Emerich, S. 64.
[2]) Hachenburg, S. 76.

Litteratur.

1. Motive zum Bürgerl. Gesetzbuch.
2. Protokolle zum Bürgerl. Gesetzbuch.
3. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs.
4. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zum Bürgerl. Gesetzbuch.
5. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. XXXIII.
6. Archiv für bürgerl. Recht. Bd. I. u. XI.
7. Jahrbücher für die Dogmatik des Privatrechts. Bd. XIII., XXVII, XXXIII.
8. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 29.
9. Dernburg, Pandekten.
10. Riezler, der Werkvertrag.
11. Eccius, Gruchot Bd. 43. S. 305. ff.
12. Kloss, Sächs. Archiv. Bd. 9.
13. Lobe, Sächs. Archiv. Bd. 9.
14. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem B. G. B.
15. Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag.
16. Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands von Engelmann.
17. Kisch, Unmöglichkeit.
18. Planck, Kommentar des B. G. B.
19. Hölder, Schollmeyer u. a. „Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch."
20. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
21. Neumann, Handausgabe des B. G. B.
22. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
23. Petersen-Anger, Civilprozessordnung.

24. Struckmann-Koch, Civilprozessordnung.
25. Bernhardi, Handwörterbuch zum B. G. B.
26. Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
27. Mathias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
28. Kuhlenbeck, Pandekten des B. G. B.
29. Endemann, Bürgerl. Gesetzbuch.
30. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts.
31. Enneccerus u. Lehmann, das bürgerl. Recht.
32. Philler, Vorlesungen über das bürgerl. Gesetzbuch.
33. Stammler, Recht der Schuldnerverhältnisse.
34. Schollmeyer, Recht der Schuldnerverhältnisse.
35. Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 30.
36. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
37. Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B. G. B. bei Gruchot. Bd. 46.
38. Franz Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruchs.